



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Fungibilidade nas Tutelas de Urgência

Delaine de Barros Guaicurus

Rio de Janeiro  
2010

DELAINE DE BARROS GUAICURUS

A Fungibilidade nas Tutelas de Urgência

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>ª</sup>. Mônica Areal  
Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>ª</sup>. Katia Silva  
Prof<sup>ª</sup>. Neli Fetzner  
Prof. Guilherme Sandoval

Rio de Janeiro  
2010

## A FUNGIBILIDADE NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

**Delaine de Barros Guaicurus**

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo o estudo e análise do princípio da fungibilidade e sua aplicação nas Tutelas de urgência, sobretudo com o advento da Lei 10.444/02 que incluiu o parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil. Serão feitas breve análise do instituto da tutela de urgência e suas espécies e assuntos com maiores divergências enfrentados pela doutrina e jurisprudência brasileira. Serão mostradas as mais acertadas interpretações e aplicações das disposições legislativas que disciplinam o tema. Assim, com um estudo sobre a inserção do instituto da fungibilidade nas tutelas de urgência, seu alcance, conseqüências e importâncias para o direito processual atinjam o objetivo desejado, isto é a máxima efetividade nas normas processuais.

**Palavras-chaves:** Fungibilidade. Tutela. Urgência.

**Sumário:** Introdução. 1. Função Social do Processo. 1.1. Tutela Jurisdicional Diferenciada e a Tutela de Urgência. 2. Tutela Antecipada e Tutela Cautelar. 2.1. Características da Tutela Antecipada. 2.2. Características da Tutela Cautelar. 2.3. Distinção entre Tutela Antecipada e Tutela Cautelar. 3. Poder Geral de Cautela e Medidas Antecipatórias. 4. A Fungibilidade na Tutela de Urgência. 4.1. Requisitos para Aplicação da Fungibilidade. 5. A Mão Dupla da Fungibilidade das Tutelas de Urgência. 6. As Medidas Cautelares e o Parágrafo 7º do Artigo 273 do Código de Processo Civil. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo desenvolver uma breve visão do alcance do Princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência. Em muitas situações sociais, não é mais possível esperar que haja o desdobramento de um procedimento legalmente previsto a

fim de que se possa obter, uma efetiva tutela jurisdicional. São necessárias medidas liminares aptas a tutelar situações que tenham risco de perecimento de bens jurídicos relevantes, para que o jurisdicionado não fique sem a integral proteção estatal. Tal instituto processual tem como objetivo principal proporcionar a efetividade processual e, com isso, gerar a flexibilização do processo civil, permitindo a célere proteção do direito violado.

Diante das mudanças em sociedade, o Direito, instrumento regulador das condutas humanas, necessita se adaptar às alterações e necessidades sociais. Nos dias atuais, há um maior número de conflitos, por essa razão, foram criados instrumentos que propiciam uma maior efetividade e celeridade processual buscando a eficácia da tutela jurisdicional. Dentre outros, a tutela de urgência, objeto do presente trabalho, que são instrumentos para solucionar as situações de urgência.

De início, será dada uma noção de medida cautelar e tutela antecipada que são espécies do gênero tutela de urgência, bem como a teoria da mão dupla da fungibilidade, seus papéis e sua relevância no processo civil.

Posto isso, será analisado a utilização do princípio da fungibilidade nas tutelas de urgências, sobretudo, as alterações processuais, introduzidas com a Lei 10.444/02, que incluiu o §7 no artigo 273 do Código de Processo Civil. A referida Lei inseriu expressamente no processo civil brasileiro a fungibilidade entre as tutelas de urgência, a fim de abrandar o excesso de formalismo, prestando eficácia aos princípios da economia processual, da celeridade e da efetividade.

Serão analisados, ainda, os limites para utilização da fungibilidade. Em nenhum momento as garantias constitucionais do processo podem ser abandonadas, principalmente no tocante àquele sobre quem irá recair os efeitos do deferimento da tutela de urgência. Ou seja, a ampla defesa e o contraditório não podem ser maculados por conta de uma pretensa fungibilidade entre as espécies de tutela de urgência.

Por outro lado, a fungibilidade é utilizada como uma técnica de adequação da medida de urgência ao caso concreto, provendo-se medida cautelar, menos gravosa, nas hipóteses em que não se tenha preenchidos os requisitos de antecipação de tutela, cuja cognição exigida é mais profunda.

Neste compasso, mesmo que o ato esteja em desconformidade com a formalidade legal exigida a este, deve ser validado se conseguir alcançar o resultado pretendido.

Desta forma, o processo será efetivamente instrumental e atingirá seu objetivo, que é ser um meio para que se chegue à pacificação dos conflitos com justiça, garantindo-se o atendimento pleno do princípio constitucional do acesso à justiça.

## **1. FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO**

O processo é um instrumento técnico destinado a fazer a vontade da lei para resolver os conflitos de interesses, ou garantir o bem da vida, tal instrumento se mostrou insuficiente para atender às necessidades da vida moderna, sobretudo as causas que envolvem direitos de extensas coletividades.

Segundo João Batista Lopes<sup>1</sup> “Em razão da própria reformulação do conceito de jurisdição, cujo elástico foi ampliado, passaram os processualistas a conceber um novo processo civil, com predominantemente função social.”

A cada dia, a doutrina processualista procura mecanismos para realizar o processo civil dos resultados, através de uma instrumentalidade substancial, gerando uma ordem jurídica justa. O objetivo maior é que o processo tenha resultados concretos para propiciar a

---

<sup>1</sup> LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 41.

realização da justiça. Esses resultados possibilitariam atingir a chamada função social do processo.

Nessa ideia, o Juiz não é um aplicador mecânico da Lei, mas figura central da relação jurídica processual, cabendo a ele prestar a tutela jurisdicional segundo os princípios e valores consagrados no sistema jurídico.

Para João Batista Lopes<sup>2</sup>, os valores consagrados no sistema jurídico não se exaurem na ideia de justiça, sendo necessária a certeza, a segurança, a paz social, todos muito importantes para viabilizar uma decisão justa. Nesse contexto, o processo é mais um instrumento que o Magistrado se utiliza para proferir uma decisão justa.

O processo não tem o condão de garantir a plena realização da Justiça social, pois neste caso o Juiz estaria atuando como legislador, exercendo outra função que não lhe foi atribuída, o que gera evidente inconstitucionalidade.

A função social do processo é efetivar as normas, propiciar celeridade e cumprimento da Lei de forma satisfativa e não mais que isso. Há um limite de atuação dos Magistrados que a lei impõe, sob pena de se tornar uma anarquia.

### **1.1. TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA E A TUTELA DE URGÊNCIA.**

Modernamente, a doutrina vê o processo como instrumento a serviço da jurisdição, ou seja, para que se protejam os direitos das pessoas físicas e jurídicas, garantindo a paz social é necessário o uso desse instrumento. Intitulou-se de Tutela Jurisdicional.

A Tutela jurisdicional é a proteção dos direitos mediante atuação plena da ordem

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 43.

jurídica, com respeito aos princípios constitucionais, aos direitos e garantias previstas na Constituição e leis ordinárias.

Devem ser observados o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, Juiz natural. A dialética do processo observa uma ordem lógica, a partir da qual se alega, se prova e se decide. Por conta disso, tem-se que todo o processo possui um tempo fisiológico, ou seja, depende de dias, meses, anos, até que se pratiquem todos os atos necessários a sua conclusão.

Segundo Rodrigo Klippel e Thiago Albani Reis Friede<sup>3</sup>, enquanto o processo se desenvolve, seja em tempo normal, seja de forma patológica, há impossibilidade de que as partes usufruam quaisquer efeitos sociais positivos que dali podem emanar. Para os Autores, a suspensão da eficácia social do processo, apresenta vários graus. Em alguns casos, o primeiro momento em que será possível cumprir e tornar efetivos preceitos advindos do processo será após a publicação da sentença e em outros após o julgamento de um recurso e outros só após o trânsito em julgado.

Não são todos os casos que o Jurisdicionado pode esperar o tempo fisiológico do processo para que possa efetivar comandos dali advindos, a demora pode gerar a inutilidade da tutela requerida.

Existem situações que necessitam de uma urgência para serem dirimidas, sob pena de insucesso na devida prestação jurisdicional, para tais situações específicas que foram criados instrumentos para tutelarem tais direitos de forma diferenciada.

É nesse contexto que surgem as Tutelas de Urgência para dirimirem conflitos que necessitam de uma prestação jurisdicional rápida por parte do Estado. Rodrigo Klippel e Thiago Albani Reis Friede<sup>4</sup> citam exemplos que exigem a urgência da prestação jurisdicional:

Exemplos existem em número acentuado: segurado de plano de saúde requer ao Estado-juiz que determine à fornecedora do serviço que autorize intervenção

---

<sup>3</sup> KLIPPEL, Rodrigo; FRIEDE, Thiago Albani Reis. *A Tutela de Urgência no Processo Civil Brasileiro*. Niterói: Impetus, 2009, p. 8.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 9.

cirúrgica necessária à manutenção de sua vida; Município que pleiteia, em sede recursal., que se suspendam os efeitos da decisão interlocutória que impediu, a poucos dias de sua realização, que ocorresse a “ festa da cidade”, com grandes prejuízos; possuidor que pleiteia reintegração de posse do terreno onde reside com sua família etc.

Em casos como esses, devem ser aplicadas técnicas processuais que equacionem o problema do tempo no processo, fornecendo soluções que permitam às partes fruir seus efeitos antes do momento que seria ordinariamente previsto.

O conjunto de instrumentos criados para o fim de prover ao jurisdicionado a tutela de urgência, denomina-se técnicas de urgência. Por sua vez, as técnicas de urgência podem ser realizadas de duas formas: tutela antecipada e tutela cautelar.

## **2. TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR**

A primeira forma de se desdobrar a tutela de urgência se dá pela inversão da ordem lógica dos atos processuais, antecipando-se à declaração de uma norma concreta aplicável ao caso concreto, antecipando a fruição de alguns de seus efeitos práticos. Trata-se da antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional.

O instituto encontra-se tipificado no artigo 273 do Código de Processo Civil atual. Desde o Código de Processo Civil de 1939 o nosso código já reconhecia a antecipação da tutela, com a possibilidade de decisões liminares nas ações possessórias, havia também a antecipação da tutela nas Ações de busca e apreensão (decreto-lei nº 911/69), em ação de despejo e etc.

A antecipação de Tutela consiste em entregar ao Autor o objeto da prestação jurisdicional deduzida em juízo, de modo parcial ou integral, antes do julgamento definitivo

do mérito da causa.

O professor Teori Albino Zavascki<sup>5</sup>, em sua obra, informa que, o que levou o legislador a inserir novas regras nos artigos 273 do código de Processo Civil, foi a necessidade de tutela antecipatória, evidenciada mediante o uso distorcido da técnica cautelar para obtenção de tutela que, em princípio, apenas poderia ser concedida ao final do processo de conhecimento.

Essa norma abriu oportunidade para o requerimento de tutela antecipada, em caso de *periculum in mora*, diante de qualquer situação material litigiosa. Segundo Zavaschi<sup>6</sup>:

A alteração do Código de Processo civil foi necessária não apenas em razão das novas situações de Direito Material, que se mostraram carentes de tutela antecipatória, mas principalmente porque a doutrina e os tribunais não admitiam a prestação da tutela satisfativa fundada em cognição sumária, com base na técnica cautelar.

## 2.1. CARACTERÍSTICAS DA TUTELA ANTECIPADA

A principal característica da Tutela antecipada é a satisfatividade. Antecipa-se em favor da parte requerente, em cognição sumária, dos efeitos da Tutela Jurisdicional. Tal antecipação é requerida para que seja prestada de forma definitiva pelo Poder Judiciário, que seria concedida ao final do processo com juízo de cognição exauriente.

Essa é a lição do professor Luiz Guilherme Marinoni<sup>7</sup>:

A tutela antecipada, porém é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização- e não a sua segurança- mediante cognição sumária ou verossimilhança. Na verdade, a tutela antecipatória, de lado hipóteses excepcionais, tem a mesma substancia da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isso não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipatória é a tutela final antecipada com base em

---

<sup>5</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008, p. 60.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: RT, 2008, p. 61.

cognição sumária.

Desta forma, a tutela antecipada é satisfativa da pretensão do direito material, pois permite o gozo ou fruição de um direito, mesmo que em cognição sumária e provisória.

Neste sentido Marcelo Abelha<sup>8</sup>, em sua obra, expõe a ideia de que dentro de um grupo de técnicas de sumarização de cognição, destaca-se a que permite o adiamento do provimento jurisdicional, servindo para obtenção de medidas satisfativas, permitem a fruição imediata da tutela ou dos seus efeitos, quanto a obtenção de medidas conservativas, e tem a função de assegurar a proteção imediata do próprio processo, sem proporcionar de imediato ao requerente a fruição do bem da vida ou seus efeitos.

Outra característica da antecipação de tutela é o seu caráter incidental, uma vez que, para que sejam antecipados os efeitos da tutela, é necessário que haja o processo cognitivo, é obrigatório o pedido principal. A tutela antecipada é deferida no bojo do processo judicial, não havendo que se falar em processo apartado.

São requisitos da tutela antecipada, conforme lecionam Klippel e Friede<sup>9</sup>, o requerimento da parte, a relação entre os efeitos que se quer antecipar e o pedido principal da demanda, a verossimilhança das alegações e a prova inequívoca. Ou seja, presentes tais requisitos, é dever do juiz a observância da Tutela antecipada ser reversível, já que esta é provisória e revogável.

## **2.2. CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR**

A Medida cautelar é assecuratória, é aquela que se refere a todo tipo de providência

---

<sup>8</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2008, p. 666.

<sup>9</sup> KLIPPEL, Rodrigo; FRIEDE, Thiago Albani Reis. *op. cit.*, p. 135.

cautelar que pode ser referida ao Estado- Juiz, a fim de que se proteja a tutela jurisdicional principal que se quer obter pela via de processo jurisdicional.

Podem ser preparatórias e incidentais. São as cautelares preparatórias as medidas prévias pleiteadas para assegurar a atividade principal e condicionam a propositura de ações principais. Já as incidentais são requeridas no bojo da ação principal com o objetivo de assegurar o pedido final.

Tais cautelares podem ser nominadas e inominadas. As cautelares nominativas são aquelas previstas pelo código de Processo Civil, que possuem procedimentos especiais, chamadas também de cautelares típicas.

Conforme Rodrigo Klippel<sup>10</sup> “é o caso, por exemplo, do arresto, do seqüestro, das antecipações de prova, do atentado etc (arts. 813 a 889 do Código de Processo Civil).”

Já as cautelares inominadas não têm previsão na Lei Processual. Foram criadas em razões das situações que surgiam para o Judiciário se manifestar formando jurisprudências. São situação de perigo para as partes que não podem ser antevistas pelo legislador;

### **2.3. DISTINÇÃO ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR**

Para Arruda Alvim<sup>11</sup>, o processo cautelar, tal como foi criado no sistema de 1973, mercê de seu sistema e riqueza de disciplina, representou um grande avanço sistemático e de abertura, respondendo a uma sempre crescente necessidade, que é universal.

A tutela cautelar deve submeter-se a uma adequação à situação acautelando , e se modificada esta deve ser modificada aquela, ou mesmo suprida.

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>11</sup> ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 2. São Paulo: RT, 2008, p. 426.

A medida cautelar é sempre provisória ao passo que a tutela antecipada pode resultar em provisoriedade, mas em muitas situações é definitiva. A cautelar é superada com a sentença final, por ser essa absorvida, já a tutela antecipada tende a ser confirmada pela sentença final.

Na visão de Luiz Guilherme Marinoni<sup>12</sup>

A tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade da tutela satisfativa de direito material. Por essa razão é caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade. A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva garantir a frutuosidade. Além disso, a tutela cautelar sempre se refere a uma tutela satisfativa do direito, que desde logo pode ser exigida, ou que dependendo do acontecimento de certas circunstâncias, poderá ser exigida. A Tutela antecipatória, porém, é satisfativa do direito material.

### **3. PODER GERAL DE CAUTELA E MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS**

O artigo 798 do Código Processo Civil, atribui ao juiz, o poder geral de cautela, isto é, o poder de determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ao direito ou de difícil reparação.

Discute-se na doutrina e jurisprudência se é possível a aplicação do Poder geral de cautela nas medidas provisórias. Questionou-se sobre a legitimidade ou não, no âmbito do processo cautelar, das chamadas medidas cautelares satisfativas.

Várias correntes de opinião se formaram a respeito. Galeno Lacerda<sup>13</sup> entende que no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas para evitar o dano a parte poderia o Juiz inclusive antecipar provisoriamente a

---

<sup>12</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *op.cit.*, p. 61.

<sup>13</sup> LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 135.

própria prestação jurisdicional objeto da ação de conhecimento, espécie de cautela essa que, em seu entender, está compreendida na finalidade do processo cautelar. A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento e de execução.

Nestas perspectivas três necessidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória. Neste caso estaria abrangida grande parte das cautelares inominadas, campo em que essa antecipação se estende em dimensões notáveis, praticamente a todos os setores do direito.

Humberto Theodor Júnior<sup>14</sup> entende que poder geral de cautela deve ser permitido de forma limitada. Para ele, a melhor doutrina não mais reconhece à tutela cautelar o caráter de antecipação provisória da satisfação do direito material. As liminares antecipatórias, que já apresentam decisão satisfativa do direito, embora precária, previstas em certos procedimentos especiais, como, por exemplo, interditos possessórios, mandado de segurança, não têm natureza cautelar.

De acordo com o entendimento do autor com as medidas cautelares, isto de antecipar a entrega da prestação de direito jamais ocorrerá, pois são neutras diante do resultado do processo principal. O poder geral de cautela tem como fundamento garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não poderia a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois é da sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória.

Por amor ao debate, cabe registrar que Calmon de Passos<sup>15</sup> entende que o que se perquire é a possibilidade de o Juiz, no silêncio da Lei, antecipar a tutela, por conseguinte criar liminares não expressamente autorizadas pelo legislador. Nessa visão a liminar é uma

---

<sup>14</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 109.

<sup>15</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 112.

antecipação de tutela e só o legislador pode deferi-la no sistema Brasileiro. A cautelar é um expediente técnico assegurador da futura tutela. E esta o Juiz está autorizado.

Mas a questão é saber para resguardar um resultado útil do processo, uma situação em que inexistente fora da antecipação da própria tutela, ainda que em caráter provisório?

Segundo o autor<sup>16</sup>, “A antecipação (liminar) é a própria cautela, identificando-se ambas. E assim, a antecipação estaria autorizada, por força de sua função cautelar.”

Para Ovídio Baptista<sup>17</sup>, as medidas cautelares são substancialmente inconfundíveis. As medidas cautelares representam medidas de segurança para a execução e as medidas antecipatórias medidas de execução para a segurança. As cautelares apenas têm o nome e a forma procedimental, o que não significa serem ilegítimas.

A legitimidade deste tipo de tutela jurisdicional é manifesta, tendo em vista a supressão, determinada por nosso direito atual, dos demais instrumentos de sumarização de demandas, tornando o procedimento ordinário à via praticamente exclusiva para a solução de conflitos. E ainda, se, nestas circunstâncias, verificarmos a frequência que pode ocorrer, em nosso direito as liminares, satisfativas provisionais, ou a respeito de sua natural potencialidade para expandirem-se numericamente, em prática judiciária, a resposta deverá mostrar que não há limites possíveis que impeçam o seu crescimento, dado que sendo elas apenas e exclusivamente liminares que antecipam a sentença final de procedência, em tese, qualquer demanda que contenha eficácia executiva ou mandamental, ou demandas condenatórias em mandamentais transformadas, podem produzir decisões liminares.

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>1819</sup>, vem-se aceitando o uso do poder geral de cautela, senão vejamos:

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>17</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI n. 041746-91.2010.8.19.0000. Relator: Des. Inês da Trindade. Julgamento em 14 de outubro de 2010.

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI n. 033713-15.2010.8.19.0000. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem. Julgamento em 01 de outubro de 2010.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO AGRAVADA FUNDADA NO PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. ARTIGOS 798 E 799 DO CPC. Demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens, em nome do poder geral cautelar que lhe confere o artigo 798 do CPC. RECURSO IMPROVIDO.

TRIBUTÁRIO. ICMS. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO EMBASADO EM SUPOSTA EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA. PODER GERAL DE CAUTELA CONFERIDO AO MAGISTRADO. CAUÇÃO QUE DEVE SER MANTIDA PARA GARANTIA DO EVENTUAL RECEBIMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 1. Pedido de tutela antecipatória de mérito com o fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário sem que haja garantia. 2. Pretensão atendida, em parte, pelo juízo a quo apenas para suspender a exigibilidade desde que o respectivo seguro garantia fosse garantidor da integralidade do débito fiscal acrescido de 30%. 3. Decisão agravada que não se afigura teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos. 4. A decisão monocrática recorrida foi efetivada dentro dos poderes que a lei processual prevê ao Relator, posto que pautada na orientação jurisprudencial colacionada em sua fundamentação. 5. Condição constante do art. 38 da Lei 6.830/80 e da Súmula 112 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. 6. Jurisprudência que autoriza o não seguimento do recurso face a jurisprudência colacionada. DECISÃO RECORRIDA QUE NÃO MERECE REPARO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Nota-se que a cada dia o poder geral de cautela passou a ser aceito para efetivar as ações cautelares, não apenas como instrumento para obtenção de medidas para garantir o resultado útil do processo, mas também para alcançar tutela de mérito relativa a pretensões que reclamassem fruição urgente.

#### **4. A FUNGIBILIDADE NA TUTELA DE URGÊNCIA**

A Lei n. 10.444/2002 inseriu o §7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, dispondo que:<sup>20</sup>

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca,

<sup>20</sup> BRASIL. *Lei n.º 10.444, de 07 de maio de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10444.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10444.htm)>. Acesso em: 19 de outubro de 2010.

se convença da verossimilhança da alegação e:

(...)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado..

Tal dispositivo expressamente inseriu no direito processual civil brasileiro a fungibilidade entre as tutelas de urgência, mais especificamente entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

A doutrina, como razão, sempre procurou estabelecer distinção entre os institutos, já que cada um possui características e requisitos próprios. Basicamente, entende-se a antecipação de tutela como uma antecipação do resultado favorável da demanda. Ou seja, é a entrega prematura do bem da vida perseguido no processo.

Por outro lado, a tutela cautelar está ligada à preservação de uma situação fática ou jurídica, no âmbito do próprio processo, enquanto o mérito da relação controvertida é discutido em um outro processo.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>21</sup>, lembrando os males causados ao direito em razão de decurso do tempo, ensina que a distinção entre a tutela antecipada e a tutela cautelar pode ser vista em relação ao processo e ao sujeito: quando o mal é causado ao processo, o remédio é a cautelar e quando ao sujeito, a tutela antecipada.

O fato é que tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada representam espécies de um mesmo gênero, chamado de “tutelas de urgência.” E, como espécies de um mesmo gênero, possuem grandes semelhanças que muitas vezes levam a doutrina e os demais operadores do direito a situações de dúvida quanto ao correto instituto a ser manejado no caso concreto.

Assim, diante da inegável afinidade entre as espécies, inclusive de ordem prática – ambas visam a tutelar situações de urgência, na qual há o iminente risco de lesão e que prescindem de uma rápida resposta do Poder Judiciário – e igualmente diante da moderna

---

<sup>21</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92.

concepção do processo, na qual a busca pelo resultado e pela concretização do direito material se sobrepõe aos formalismos, o legislador inseriu no Código o artigo em referência, propiciando a resguarda do interesse da parte mesmo que a via eleita não se mostre a mais correta tecnicamente.

Desta forma, verifica-se que a alteração legislativa possibilitou o deferimento de medidas cautelares no âmbito do processo de conhecimento quando pleiteadas a título de antecipação de tutela. Ou seja, em determinados casos, dispensa-se a propositura de um processo autônomo e acessório (processo cautelar) a fim de se obter o provimento acautelatório exigido pela situação de urgência.

Essa disposição se coaduna com a busca pela efetividade da prestação jurisdicional. Isso porque não se mostra mais viável o indeferimento da medida de urgência pleiteada pela parte por conta da “falta de adequação” da via eleita, na medida em que o correto seria o manejo de um Processo Cautelar.

Além do mais, pode-se dizer que o §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil também está em consonância com o poder geral de cautela do juiz, que, muito embora previsto nas disposições sobre as Medidas Cautelares, é um sustentáculo para o deferimento de medidas assecuratórias do direito da parte, independentemente do rito processual adotado. Até porque, a própria natureza da cautelar é instrumental, como meio de preservação de direitos enquanto o mérito da questão controvertida é discutido.

Entretanto, o dispositivo em referência traz algumas questões para debate, que resumem-se, basicamente, na existência de requisitos para se operar a fungibilidade, a possibilidade de deferimento de cautelares típicas e atípicas no processo de conhecimento e a existência do chamado duplo sentido vetorial ou mão dupla da fungibilidade.

#### 4.1. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE

Da leitura do §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil já se verifica que a lei impôs um primeiro requisito para que se opere a fungibilidade entre as tutelas de urgência: é necessário que estejam presentes os requisitos autorizadores da espécie de tutela que será concedida.

Assim, se no bojo do processo do conhecimento, o autor, a título de tutela antecipada, pleitear uma medida de natureza estritamente cautelar, para que esta possa ser deferida nos moldes da Lei, é necessário que se conjuguem os requisitos do *fumus boni iuris e do periculum in mora*.

A aplicação do artigo em discussão está subordinada, portanto a que de fato exista a plausibilidade do direito invocado a partir de um juízo de cognição sumária, plausibilidade esta suficiente para que seja deferida a medida acautelatória do direito da parte.

Ausentes os requisitos, independentemente de discussões sobre a impropriedade da via eleita, a medida não será deferida uma que a situação apresentada e as alegações deduzidas não induzem a concessão da tutela de urgência em razão da ausência dos respectivos pressupostos.

É importante ressaltar outra questão relevante que é saber se há a necessidade da situação processual gerar dúvida objetiva, ou seja, estar situada na chamada zona cinzenta. Em outras palavras, se é preciso observar os mesmos requisitos da fungibilidade em matéria recursal.

Há entendimento de que a fungibilidade entre as tutelas de urgência somente deve existir nos casos de existência de dúvida, uma vez que sendo o ordenamento jurídico expresso acerca do caminho a ser trilhado, a lei deve ser respeitada. Segundo Joaquim Felipe

Spadoni<sup>22</sup>, “a demonstração desse requisito se impõe, sob pena de se permitir o uso abusivo e de má-fé de pedidos de antecipação de tutela supostamente equivocados.”

No entanto, existe forte corrente que não apóia a ideia de que a fungibilidade das tutelas de urgência deve preencher os requisitos da fungibilidade recursal, principalmente pelo fato do Código de Processo Civil não subordinar a aplicação do §7º do artigo 273 a qualquer requisito.

Carlos Augusto de Assis<sup>23</sup> pondera que

O legislador, com efeito, condiciona ao preenchimento dos pressupostos da outra medida, não à existência de dúvida objetiva no emprego de uma ou outra medida. Desse modo, ainda que a medida pleiteada como antecipação de tutela seja desenganadamente cautelar, o juiz poderá concedê-la, desde que presentes seus pressupostos.

Na mesma esteira, Lúcio Delfino<sup>24</sup>, em interessante artigo sobre o tema, afasta a subordinação aos requisitos para a aplicação da fungibilidade das tutelas de urgência, tendo em vista que não há, no dispositivo em análise, intenção de prevenir abuso de direito ou má-fé daqueles que pleiteiam a tutela, mas tão somente o objetivo de desburocratizar e flexibilizar o processo.

Discuti-se se o juiz está autorizado a conceder cautelares típicas e atípicas no processo de conhecimento (com fundamento no artigo 273, §7º do Código de Processo Civil) ou somente cautelares típicas.

A questão pode ser analisada sob o ângulo da cumulação de pedidos, ou seja, o pedido de cautelar nominada no âmbito do processo de conhecimento está autorizado inclusive por força do teor do artigo 292 do Código de Processo Civil, na medida em que o próprio texto legal autoriza a cumulação de pedidos, ainda que não conexos. Entretanto, o

---

<sup>22</sup> SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das Tutelas de Urgência. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 28, 2003, p. 72.

<sup>23</sup> ASSIS, Carlos Augusto de. Novas Feições da Antecipação da Tutela. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 30, 2003, p. 707.

<sup>24</sup> DELFINO, Lúcio. Breves Reflexões Sobre a Fungibilidade das Tutelas de Urgência e Seu Alcance de Incidência. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 30, 2005, p. 187.

limite para a aplicação da fungibilidade não pode ser outro senão o contraditório, uma garantia fundamental do processo.

Contudo, Paulo Afonso Brum Vaz<sup>25</sup>, informa que permitir a fungibilidade para o deferimento de cautelares típicas significa revogar o Código de Processo Civil no tocante ao Processo Cautelar, lembrando que, nesses casos, o procedimento é de ordem pública e, portanto, indisponível às partes e ao juiz, é tipificado no Código de Processo Civil e constitui direito subjetivo do réu.

Portanto, existe certa divergência sobre essas questões, parecendo prevalecer na doutrina pátria o entendimento de que não há requisitos além dos expressos no §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil para a aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência, bem como ser possível a concessão de cautelares atípicas e típicas no processo de conhecimento.

## **5. A MÃO DUPLA DA FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA**

O texto do §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil é claro ao dispor que poderá ser deferida a medida cautelar pleiteada a título de tutela antecipada no âmbito do processo de conhecimento, caso presentes os requisitos.

A hipótese prevista no artigo já vinha sendo aceita pela doutrina há certo tempo, por vários aspectos. Em primeiro lugar em razão da instrumentalidade do processo e do desapego ao excesso de formalismo. Em segundo, porque os requisitos da tutela antecipada são mais

---

<sup>25</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de Urgência e o Princípio da Fungibilidade. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 32, 2007, p. 23.

exigentes do que o da tutela cautelar, além de outros argumentos, como a economia e celeridade processual.

Questiona-se se é possível a via inversa, ou seja, o deferimento de uma medida de antecipação de tutela no âmbito do processo cautelar. A dúvida, então, é se a fungibilidade é viável nas duas direções.

A doutrina não é pacífica sobre o assunto. Existem posicionamentos tanto pela viabilidade da mão dupla quanto pela impossibilidade. E ambas as correntes valem-se de fortes e fundamentados argumentos jurídicos.

Assim, ambas as teses são defensáveis, mas parece haver uma certa predominância da aceitação da fungibilidade em mão dupla.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>26</sup> é um dos grandes defensores da possibilidade de se deferir tanto a cautelar em processo de conhecimento como a tutela antecipada em processo cautelar, aplicando-se plenamente a fungibilidade entre as tutelas de urgência. Comentando o doutrinador assim se posiciona:

O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação de tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis, isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um. Bem pensando, nem precisaria a lei ser tão explícita a esse respeito, porque é regra surrada no direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito. Nenhum juiz deixa de anular um contrato por dolo, só pela circunstância de o autor, equivocadamente, ter qualificado como coação os fatos narrados. O que importa é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula. Tal é o significado e a medida de aplicação da regra da *mihi factum dabo tibi jus*, inerente ao princípio da substanciação, que o Código de Processo Civil consagra. Tal é também o significado e a medida de aplicação da correlação entre o provimento jurisdicional e a demanda, de muito em direito processual (arts. 128 e 460). É da jurisprudência pacífica que “inexiste dissenso entre o julgado e o libelo quando considerados exatamente os fatos descritos na inicial, não importando que lhe tenha sido emprestada qualificação jurídica não mencionada expressamente na inicial (STJ). Essa observação realça o duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes, acima demonstrado, porque mesmo sem o novo parágrafo do art. 273, o juiz já estaria autorizado a dar a sua própria qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor – e isso se aplica indiferentemente a todas as espécies de

---

<sup>26</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 94.

processos e aos pedidos que neles se deduzem (processo de conhecimento ou cautelar, pedido de cautelar ou de antecipação, etc). Esse parágrafo tem, porém a virtude de ser explícito e específico, abrindo caminho à exorcização do fantasma da radical distinção entre medidas cautelares e antecipatórias.

José Roberto dos Santos Bedaque<sup>27</sup> valendo-se do termo “duplo sentido vetorial” realça a posição de Dinamarco, lembrando que “a adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da prestação jurisdicional.”

Compartilhando desse entendimento, Eduardo de Avelar Lamy<sup>28</sup> defende a mão dupla da fungibilidade na medida em que o §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil admite uma fungibilidade de técnicas para que seja deferida uma tutela de urgência. Não se trata, portanto, segundo o autor, de fungibilidade de tutelas, já que há somente uma tutela – a de urgência – mas sim de técnicas para alcançá-la.

Frisa-se que, em razão dos diferentes requisitos para a concessão de cada uma das medidas (os requisitos para a concessão da tutela antecipada são mais rigorosos), na prática pode ser bem menos freqüente a configuração da hipótese em que seja possível conceder a antecipação no bojo do processo cautelar.

Para Cássio Scarpinella Bueno<sup>29</sup>, “o §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil dispõe sobre uma indiferença entre as tutelas, tendo em vista que se busca o objetivo prático do processo”.

No que se refere à mão dupla da fungibilidade é importante analisar o aspecto procedimental. Isso porque o deferimento de cautelar no âmbito do processo de conhecimento não gera maiores problemas, na medida em que se está diante do procedimento comum, que confere amplos meios de fé defesa ao réu.

Entretanto, não se desconhece que o rito cautelar pressupõe prazos mais curtos e restrições no tocante à produção probatória. Diante deste fundamento, entende Nelson Nery

---

<sup>27</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência* (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 388.

<sup>28</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 135.

<sup>29</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 145.

Júnior<sup>30</sup> que é possível a mão dupla da fungibilidade, desde que o requerente faça a adequação do seu pedido. Assim, a cautelar só seria indeferida diante da impossibilidade de ser adaptada ao pedido de tutela antecipada.

Eduardo de Avelar Lamy<sup>31</sup> se alinha à tese da conversibilidade do procedimento (que, segundo o autor, é um expoente da instrumentalidade das formas), condicionando o deferimento da tutela antecipada em processo cautelar à emenda da inicial para que se tenha um processo de conhecimento. Entretanto, o autor ressalta que tal providência é uma conveniência, na medida em que fungibilidade não prescinde de conversibilidade.

O aspecto mencionado pelos doutrinadores acima, no tocante à possibilidade de adaptação do procedimento é de fundamental importância. Isso porque, um dos principais problemas apontados para a concessão de tutela antecipada no âmbito do processo cautelar é a adequação do procedimento, matéria de interesse processual, portanto, de ordem pública.

Como se sabe, no âmbito da cautelar o mérito da relação controvertida não é analisado, restringindo-se a discussão à presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Portanto, para a concessão da medida cautelar, não é necessário o ingresso prematuro no mérito, como no caso da tutela antecipada. Por conta disso, na própria petição inicial da Ação Cautelar não há necessidade de exposição minuciosa do mérito da questão, bastando ao requerente mencionar a lide e seu fundamento (artigo 801, III). A exposição detalhada do direito pleiteado é feita na ação principal, que tanto pode ser de conhecimento como até mesmo executiva.

Por isso, pode-se indagar se a mão inversa da fungibilidade não esbarraria em um óbice procedimental, que não se trataria de uma mera formalidade, já que estaria ligada ao interesse processual na modalidade adequação. E, como se sabe, o interesse processual, em

---

<sup>30</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2008, p. 460.

<sup>31</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. *op. cit.*, p. 133.

todas as suas modalidades, é uma das condições da ação e sua ausência acarreta na extinção do processo sem a resolução do mérito (artigo 267, VI, do Código de Processo Civil).

O processualista Paulo Afonso Brum Vaz<sup>32</sup> pondera sobre essa questão, sustentando a impossibilidade do duplo sentido vetorial das tutelas de urgência:

Pensamos que, em linha de princípios a fungibilidade autorizada pelo novo §7º do art. 263 do CPC não abarca a hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela de direito material postulada em processo cautelar. Nem poderia, sob pena de grave subversão da ordem processual e da natureza dos institutos. Se admitida a possibilidade de se deferir antecipação dos efeitos da tutela em processo cautelar, teríamos ferido de morte o princípio do devido processo legal, em seu aspecto processual. As partes têm o direito subjetivo ao rito definido em lei. Pretensão que tenha por objeto o reconhecimento da fruição do direito material objeto do litígio deve ser vertida no processo de conhecimento. Antecipação dos efeitos da tutela corresponde a uma pretensão meritória de direito material, portanto, não pode ser postulada em processo cautelar (no processo cautelar seria possível a antecipação da tutela cautelar, que corresponde à liminar que adianta os efeitos da cautela). Existe uma substancial distinção entre os modelos processuais estabelecidos para cada uma das espécies de tutela, sendo o da cautelar deficitário em relação à antecipação de tutela. O prejuízo processual do requerido seria evidente, seja porque os prazos são mais exíguos, seja porque a instrução probatória no processo cautelar é limitada, em razão da cognição superficial que o caracteriza, ou ainda porque, sob o ponto de vista dos efeitos recursais, o regime é diverso.

Outro motivo diz respeito à questão do interesse processual. Se a medida antecipatória pode ser obtida em um único processo (o de conhecimento), faleceria o interesse processual do autor de postulá-la em procedimento cautelar, que exige a propositura de uma outra ação, denominada principal. Teríamos, então, dois processos, quando por um apenas se poderia solucionar a lide em todos os seus aspectos. A menos que se entenda que o processo principal ficaria dispensado, o que soa como rematado absurdo.

Arruda Alvim<sup>33</sup> também é contrário à mão dupla da fungibilidade, porque, segundo o jurista, o deferimento de tutela antecipada dentro da cautelar implicaria em uma decisão *ultra petita*, vez que o magistrado deferiria o mais quando pleiteado o menos, ressaltando que os requisitos para a concessão da tutela antecipada são mais rigorosos do que os da cautelar.

---

<sup>32</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. *op. cit.*, p. 23.

<sup>33</sup> ALVIM, José Manoel Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444/2002. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, 2008, p. 105.

Interessante é a abordagem que Milton Paulo de Carvalho<sup>34</sup> faz para defender a inviabilidade da dupla direção da fungibilidade das tutelas de urgência. Segundo o doutrinador, por conta da distinção existente entre as medidas, não é lícito ao juiz deferir tutela antecipada quando pleiteada uma medida juridicamente identificada com cautelar porque se deferiria satisfatividade sem pedido.

No entanto, mesmo os juristas acima, contrários à tese da mão dupla da fungibilidade, concordam que em situações extremas o direito da parte não deve ser desamparado por conta de uma divergência doutrinária no tocante ao cabimento ou não da tutela antecipada pleiteada no âmbito do processo cautelar. Excetua-se deste grupo Milton Paulo de carvalho, para quem em nenhuma hipótese pode ser aplicada em dois sentidos a fungibilidade.

Isso porque, como exaustivamente mencionado, hoje se pensa no processo como um instrumento adequado a trazer o resultado útil para a parte que tem razão. A tutela jurisdicional, portanto, tem que ser efetiva e tempestiva, o que acarreta, em alguns casos, no abrandamento de regras de natureza formal e procedimental.

Para André Luiz Vinhas da Cruz<sup>35</sup>, “apenas em casos excepcionalíssimos, a fim de se evitar dano grave e irreparável, a mão inversa haverá de ser admitida, permitindo-se a concessão de tutela antecipada quando formulado pedido cautelar”.

Assim, verifica-se que, independentemente da concepção teórica adotada, é unânime que a parte não pode ser prejudicada por questões formais ou por divergências de entendimento entre o advogado e o magistrado.

É caso da sustação de protesto, exemplo constantemente usado pela doutrina para tipificar uma situação concreta de fungibilidade de tutelas de urgência. Notificada do protesto,

---

<sup>34</sup> CARVALHO, Milton Paulo. Garantia de Direitos Fundamentais na Fungibilidade das Espécies de Tutela de Urgência. *Revista Literária de Direito*. São Paulo, n. 55, 2005, p. 8.

<sup>35</sup> CRUZ, André Luiz Vinhas da. *As Tutelas de Urgência e a Fungibilidade de Meios no Sistema Processual Civil*. São Paulo: BH Editora, 2006, p. 161.

a parte tem o exíguo prazo de três dias para pagar o título. Entendendo ser indevida a cobrança, pretende em juízo discutir o valor.

Em razão do tempo, muitos advogados ingressam com medida cautelar apenas para sustar o protesto, deixando a discussão sobre a validade ou exigibilidade do título para a ação principal. Entretanto, há quem entenda que a sustação do protesto é efeito da declaração de nulidade/exigibilidade do título e, por conta disso, deve ser pleiteada a título de antecipação de tutela, já que representa a antecipação dos efeitos de uma sentença de procedência.

Como visto, ambas as teses são defensáveis. Por isso, nesse exemplo, ainda que tenha sido ajuizada ação cautelar e o magistrado entenda ser caso de antecipação de tutela, não é plausível o indeferimento da medida ou a extinção da ação por falta de interesse ou outra condição da ação, na medida em que não haverá tempo hábil para a parte manejar eventual recurso ou mesmo propor uma nova ação.

Por isso, na hipótese, deve ser aplicada a fungibilidade entre as tutelas de urgência, seja no caso da literalidade da lei (providência cautelar pleiteada a título de antecipação de tutela) ou no sentido inverso (pedido de tutela antecipada formulada em Medida Cautelar), concedendo-se a proteção ao direito da parte, desde que preenchidos os requisitos para a concessão da medida perseguida.

## **6. AS MEDIDAS CAUTELARES E O PARÁGRAFO 7º DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Para finalizar, é importante que se faça uma análise sobre o regime das cautelares em face da fungibilidade consolidada pelo artigo 273, §7º do Código de Processo Civil.

Entende Carlos Augusto de Assis<sup>36</sup> que o artigo ora em análise não revogou o Livro do Código de Processo Civil referente ao processo cautelar, estando em vigor todas as disposições ali presentes.

Dessa maneira, em situações determinadas será inevitável, além de mais interessante para a parte, o manejo de uma Ação Cautelar, visto que as situações ali tipificadas recebem proteção específica por meio de determinada medida cautelar.

Entretanto, o legislador, optou por um outro caminho, em especial para evitar que óbices formais culminassem na perda do direito da parte que tem razão.

Assim, o §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, longe de substituir as cautelares, apenas ratifica o pensamento contemporâneo da ciência processual, na qual a busca pela efetividade e pela pacificação tempestiva e justa dos conflitos são os nortes para a competente e entrega da tutela jurisdicional, atendendo-se plenamente, desta forma, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário e o novel princípio da razoável duração do processo.

## CONCLUSÃO

As tutelas de urgência se mostram como efetivos instrumentos para evitar o dano à parte premida por uma situação de urgência, diante da moderna concepção do processo civil como um meio para a efetiva concretização do direito material. Situações estas nas quais existe a iminência da ocorrência de uma lesão irreparável ou de difícil reparação.

---

<sup>36</sup> ASSIS, Carlos Augusto de. *op. cit.*, p. 707.

Nesse contexto, a Lei 10.444/2002 representou um grande avanço, na medida em que possibilitou a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, possibilitando a proteção da parte que aparentemente tem razão em detrimento dos formalismos que sempre nortearam o processo civil.

Porém, há limites para que se opere essa fungibilidade. Devem ser respeitadas as garantias constitucionais do processo, principalmente no tocante àquele sobre quem vai recair os efeitos do deferimento da tutela de urgência. Isto é, a ampla defesa e o contraditório não podem ser maculados por conta de uma pretensa fungibilidade entre as espécies de tutela de urgência.

Nesse aspecto surge a crítica à mão dupla da fungibilidade, principalmente no tocante à impropriedade da via eleita – falta de interesse processual, na medida em que para parte da doutrina é inviável o deferimento de uma tutela antecipada (que prescinde de análise sumária do mérito da relação jurídica litigiosa) no âmbito do processo cautelar.

Observa-se que o rito cautelar é mais estrito, tendo em vista o prazo de defesa e a escassa dilação probatória. O deferimento de uma medida tão gravosa como a tutela antecipada no bojo de um processo cautelar pode, a princípio, configurar prejuízo à ampla defesa do réu, o que seria, em tese, inconstitucional.

Para ultrapassar essa questão, alguns juristas entendem que, nesse caso, a fungibilidade só pode se operar se o autor alterar o rito processual adotado, adequando sua fundamentação e seu pedido à natureza da providência requerida – antecipação de tutela.

O que se entende ser medida mais razoável. Tendo em vista que preserva o processo, ou seja, evita uma sentença extintiva sem resolução do mérito, mas ao mesmo tempo não implica em prejuízo ao réu, na medida em que o rito será alterado para que seja possível a concessão da tutela de urgência, prevenindo-se o dano que está na iminência de ocorrer.

Por outro lado, no caso de risco de perecimento de bens jurídicos relevantes, a fim de que o jurisdicionado não fique sem a necessária proteção estatal, a tutela antecipada deve ser deferida mesmo antes da adequação do procedimento, sanando-se essa questão em momento posterior.

Desta forma, o processo será efetivamente instrumental e atingirá seu objetivo, que é ser um meio para que se chegue à pacificação dos conflitos com justiça, garantindo-se o atendimento pleno do princípio constitucional do acesso à jurisdição.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de direito processual civil*. vol. 2. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444. *Revista de processo*. São Paulo, v. 36, 2008.

ASSIS, Carlos Augusto de. Novas feições da antecipação da tutela. *Revista gênesis de direito processual civil*. Curitiba, n. 30, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI n. 041746-91.2010.8.19.0000. Relator: Des. Inês da Trindade. Julgamento em 14 de outubro de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI n. 033713-15.2010.8.19.0000. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem. Julgamento em 01 de outubro de 2010.

BRASIL. *Lei n.º 10.444, de 07 de maio de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10444.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10444.htm)>. Acesso em: 19 de outubro de 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Milton Paulo de. Garantia de direitos fundamentais na fungibilidade das espécies de tutela de urgência. *Revista literária de direito*. São Paulo, n. 55, 2005.

COSTA, Julio Machado Teixeira. O novo §7º do art. 273 do código de processo civil. *Revista de processo*. São Paulo. v. 27, 2003.

CRUZ, André Luiz Vinhas da. *As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil*. São Paulo: BH Editora, 2006.

DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. *Revista de processo*. São Paulo, v. 30, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

KLIPPEL, Rodrigo; FRIEDE, Thiago Albani Reis. *A tutela de urgência no processo civil brasileiro*. Niterói: Impetus, 2009.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*, São Paulo: RT, 2008.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista de processo*. São Paulo, v. 28, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§7º do art. 273 do Código de Processo Civil). *Revista de processo*. São Paulo, v. 32, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.